



LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO COMO PRESUPUESTO NORMATIVO PARA LA APLICACIÓN DEL CONTROL DIFUSO EN SEDE ADMINISTRATIVA

Gian Carlos Mantari Mantari¹

Fecha de publicación: 01/07/2015

SUMARIO: § 1. Prolegómeno. § 2. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: neoconstitucionalismo ¿sólo una etiqueta inocua? O ¿un fenómeno evidenciable? § 3. Jurisdicción constitucional. § 4. Breve bosquejo del control difuso administrativo § 5. Enfoque personal. § 6. Consideraciones conclusivas.

RESUMEN:

El presente ensayo consiste en determinar la conveniencia o no, de la admisibilidad del denominado y *ex novo* instituto jurídico del control difuso en sede administrativa o simplemente control difuso administrativo (CDA) en el ordenamiento jurídico peruano, incidiendo en el fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento jurídico como parámetro para su interpretación, además de realizar algunos comentarios a las principales sentencias que el Tribunal Constitucional ha emitido en estos años sobre el tema en cuestión.

PALABRAS CLAVES: Control difuso, Constitucionalización del Derecho, Neoconstitucionalismo, Administración Pública.

¹ Bachiller en Derecho por la Universidad Peruana Los Andes, Huancayo - Perú. Presidente del Instituto Peruano de Derecho Municipal y Regional. Socio Fundador del Instituto de Derecho Público Económico. Especialista en Regulación de Servicios Públicos y Contrataciones con el Estado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Becario del Curso de Extensión Universitaria por el Organismo Regulador de la Inversión en Infraestructura del Transporte – Ositran. Becario al Curso de Derecho Humanos de la Universidad San Martín de Porres.

“El estudio del Derecho Constitucional es como recurrir a un amigo que nos hace pensar mejor, que despierta energías potenciales latentes, ampliar las perspectivas y enriquece las argumentaciones, visualizando quizá de otro modo, puntos de vista ignorados.”

(Gustavo Zagrebelsky)

§ 1. PROLEGÓMENO.

Francisco Balaguer Callejón dijo: *“la Constitución es el origen último del Derecho vigente en el ordenamiento, hasta donde el Derecho es Derecho, más allá no existe como tal.”*

Y es que el Derecho en el devenir coetáneo de su historia no es sino la aserción concreta, pétrea e ineludible de la pontificación de la Constitución Política como la norma suprema del Estado. Pontificación sacralizada en diversos textos constitucionales y categorizada en canon esenciabilísimo para la consecución del Estado Constitucional de Derecho, que hoy por hoy ecuménicamente regentan la mayoría de países democráticos.

Adempero, consignar a la Constitución en la *norma normarum* del sistema jurídico², es hechura de un proceso vertiginoso y formidable, acaeciendo en ella eventos que importan y merecen ser aquilatados, destáquese *verbi gratia* la emisión de la famosa sentencia dictada el 24 de febrero de 1803 por el *Chief Justice* John Marshall en el fundacional caso *Marbury v. Madison*^{3 4}, considerado el más trascendente de la jurisprudencia

² Prolijamente explicado, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, apuntan que: *“La Constitución no solo es una norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, la lex superior”*. Ver: *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas Ediciones, Undécima edición, Madrid, 2002, pág. 49.

³ Incontables y ubérrimos, son los trabajos académicos que se han elaborado con la finalidad de explicar uno de los casos más importantes de la historia del Derecho. Aquí referenciaré sólo a los que estimo mejor desarrollados: NINO, Carlos S., *“Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”* en VV. AA., *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, CEC, Madrid, 1991; SCHWARTZ, Bernard, *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*, Madrid, Civitas, 1990 (reimpresión); SIMON, James F., *What kind of nation. Thomas Jefferson, John Marshall and the epic struggle to create a United States*, Nueva York, Simon and Schuster, 2002.

El texto íntegro del caso *Marbury v. Madison* puede leerse en la siguiente webpage: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=5&invol=1371>>

norteamericana, pues allí se alzó la supremacía de la Constitución como directriz y principio basilar para el ulterior surgimiento del moderno Estado Constitucional de Derecho, aun advirtiendo que dicha interpretación y concepción del orden nomológico ya había sido trazada de modo asonante poco más que un siglo antes (exactamente en 1610) cuando en Inglaterra⁵, el juez *sir* Edward Coke en *The College of Physicians v. Dr. Bonham*⁶, estableció que el *common law* (derecho común) debía prevalecer sobre cualquier otra norma, porque aquél representaba la voluntad general de la comunidad, y por ende, quebrantarlo comportaba destruir el orden legal de la nación⁷; cristalizándose de este modo en el antecedente más palmario de la *judicial review*, y claro está, también del precepto de la supremacía de la Constitución, que en Europa llegaría a plasmarse transcurridas varias décadas más tarde, cuando en 1920 el jurista y filósofo austriaco Hans Kelsen idearía la creación del Tribunal Constitucional⁸, caracterizado por ser un órgano

⁴ Sobre la trascendencia histórico-jurídica de *Marbury v. Madison*, Miguel CARBONELL refiere que “es un caso que dejó una marca indeleble en la historia del Estado Constitucional. La lógica de Marshall en su sentencia se sigue aplicando hasta nuestros días”. Vide: “*Marbury vs Madison: en los orígenes de la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad*” en VV.AA., Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, N° 5, Enero-Junio de 2006, pág. 298.

⁵ Contextualizando un comentario al tópico citado: “*la técnica de atribuir a la Constitución el valor normativo superior (...) es la más importante creación (...) del constitucionalismo norteamericano y su gran innovación frente a la tradición inglesa de [la] que surgió*”. GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *opus cit*, pág. 51.

⁶ *Cfr.*, sobre todo, Fernando REY MARTÍNEZ, con el trabajo intitulado: “*Una relectura del Dr. Bonham’s case y de la aportación de sir Edward Coke a la creación de la judicial review*”. Vide: La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho. Tomo I, Teoría General del Derecho Procesal Constitucional. Ferrer Mc Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo coordinadores, Primera edición, México, 2008, págs. 847-866.

⁷ Así, el *Sir* Edward Coke delimitó que: “*And it appears in our books that in many cases, the common law will controul acts of parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an act of parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will controul it and adjudge such act to be void*”. Citado por Edgar CARPIO MARCOS en VV. AA., “*El Control judicial de constitucionalidad de las leyes y el Código Procesal Constitucional*”. VIII Congreso de Derecho Constitucional, Fondo Editorial Colegio de Abogados de Arequipa, Arequipa, 2005, pág. 637.

⁸ “*La noción de Tribunal Constitucional aparece, por primera vez, después de la Primera Guerra Mundial en las Constituciones austríaca y checoslovaca de 1920, por iniciativa de Hans Kelsen*”. FAVOREU, Louis. “Los Tribunales Constitucionales” en VV.AA., “Los Tribunales Constitucionales”, Ariel, Barcelona, 1994, pág. 99. En efecto: “*Sobre la base del modelo austriaco, durante los últimos ochenta años, la Corte Constitucional se convirtió en una instancia*

extrapoder destinado exclusivamente a proteger la Constitución⁹; otro evento por demás destacable. Éstos y otros más, fraguaron y posibilitaron el transvase ideológico y cualitativo, trasladándose de un Estado Legal de Derecho hacia un Estado Constitucional de Derecho^{10 11}, motivando que la Constitución no quedase parapetada en un simple documento político, que muy bien el profesor alemán Ferdinand Lasalle en 1864 la llamó “*una mera hoja de papel*”, con el objetivo de asentarse y erigirse en un auténtico y pleno

irrenunciable para las democracias (sobre todo occidentales) como medio de resolución de controversias entre los diversos titulares del poder estatal (...) superando definitivamente las viejas ideas de la soberanía parlamentaria y de la consiguiente irreversibilidad de la ley”. CELOTTO, Alfonso. Formas y modelos de Justicia Constitucional. Un vistazo general al respecto. Vide: <<http://www.circulodoxa.org/documentos/Circulo%20Doxa%20-%20Formas%20y%20modelos.pdf>>, en Circulo Doxa, pág. 6. En esa línea argumentativa, el maestro genovés CRISAFULLI, Vezio comenta que: “*El Tribunal Constitucional permanece fuera de los poderes estatales tradicionalmente conocidos, forma un poder independiente cuyo papel consiste en asegurar el respeto de la Constitución en todos los campos*”. “*Le système de contrôle constitutionnalité des lois in Italie*” en VV.AA., Revue de Droit public, 1968, pág. 130.

⁹ En los anales de la historia del Siglo XX, quedará imperecedero el debate sostenido entre dos “gigantes” del pensamiento jurídico, Hans Kelsen y Carl Schmitt, quienes protagonizaron polémicas encomiables sobre qué órgano debía de ser el protector de la Constitución, mientras el primero postuló la tesis de que un órgano despolitizado era quien tenía que cumplir dicha labor, el segundo enfatizó en la idea de que el titular político del Estado (entiéndase, el presidente del *Reich*) sería el más legitimado para ejercerla. En esos años de discusión, cada uno publicó sendos ensayos en pos de la defensa de las concepciones que planteaban, pero llegaría a suceder un hecho gravitante como lo fue la II Guerra Mundial, para resolver el asunto polemizado, ya desde una óptica más ideologizada. Así Kelsen y su teoría del órgano despolitizado (Tribunal Constitucional) prevalecería sobre la Schmitt. Acerca de esta discusión, quien profundiza con meticulosidad esta cuestión es Letizia GIANFORMAGGIO en su libro: *Estudios sobre Kelsen*. Editorial Fontamara, México, 2002. Igualmente es de suma valía el trabajo preparado por MIGUEL HERRERA, Carlos. En: “*La polémica Kelsen-Schmitt sobre el guardián de la constitución*” en VV.AA., Revista de Estudios Políticos Nueva Época, Número 86, Octubre-Diciembre de 1994.

¹⁰ “*Significó superar la concepción de una pretendida soberanía parlamentaria, que consideraba a la ley como la máxima norma jurídica del ordenamiento, para dar paso -de la mano del principio político de soberanía popular- al principio jurídico de supremacía constitucional, conforme al cual, una vez expresada la voluntad del Poder Constituyente con la creación de la Constitución del Estado, en el orden formal y sustantivo presidido por ella no existen soberanos, poderes absolutos o autarquías.*”. Vide: STC Exp. N° 5854-2005-AA/TC

¹¹ A ello GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ asumen que: “El gran lema de la lucha por el Estado Constitucional ha sido la exigencia de que el (arbitrario) *government by men* debe disolverse en un (jurídico) *government by laws*”. GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *opus cit*, pág. 49.

documento jurídico irradiado de fuerza normativa¹²¹³, desplazando de su privilegiada y hegemónica posición a la ley¹⁴, la Constitución así dejó de concebirse tan solo como una realidad retórica declarativa de principios y postulados, para erigirse en una realidad normativa y efectivamente vinculante para sus destinatarios: el poder político y los particulares¹⁵.

El desarrollo de esta concepción –aludimos al principio de la supremacía de la Constitución- goza desde hace varios años atrás de un éxito contundente y categórico, es una materialidad que paulatinamente se ha ido acentuando, siendo hoy una cuestión concluyente e incuestionable, coloquialmente diríase que a diario y en cualquier lugar “se respira la Constitución”, porque se precia de ser la *ratio* existencial del Estado y el Derecho, fijando el parámetro de validez de toda actuación, sea política, *administrativa*, jurídica, económica, etc. al punto que hemos arribado a lo que numerosos teóricos del derecho denominan el Neoconstitucionalismo, fase superior del Estado Constitucional, caracterizado por “constitucionalizar” el conjunto del sistema jurídico, manifestación de una Constitución omnicomprendiva y omnipresente en donde todo, absolutamente todo se funda en ella, porque significa el principio y el fin del derecho, *ergo*, ningún principio, anótese aquí por interés de la investigación al de legalidad¹⁶ -que explicaremos en líneas posteriores- puede contrariar o vejar el *thelos* de la supremacía constitucional.

¹² Sobre la Constitución como norma jurídica *vide en extensum*: GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *opus cit*, págs. 98-111.

¹³ Explicando la fuerza normativa de la Constitución, es todo un clásico de la dogmática constitucional el libro *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1983, escrito por profesor alemán Konrad HESSE, allí puntualiza que: “entre más arraigada este en la población la idea de inquebrantabilidad de la constitución, más viva estará en la consciencia de los responsables de la vida constitucional, y por tanto mayor será la fuerza normativa de la constitución”, ver la pág. 27 del citado texto.

¹⁴ Es clarificadora la opinión del tratadista italiano Gustavo ZAGREBELZKY al postular que “el positivismo decimonónico-partidario del Estado (de derecho) legislativo opuesto al Estado (de derecho) Constitucional tendía reducir la constitución a una simple legislación ordinaria”. *Il Diritto Mite, Legge, Diritti, Giustizia E inaudi*, Turín, 1992, páginas 20-56.

¹⁵ *Cfr.* CASTILLO CÓRDOVA Luis. *El Tribunal Constitucional y su dinámica Jurisprudencial*, Palestra, Lima, 2008.

¹⁶ En la STC Exp. N° 2939-2004-AA/TC ha precisado que: “el principio de legalidad que determina las actuaciones competenciales de la Administración Pública (...) debe ser conforme a los principios y valores que la Constitución consagra, en la medida en que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a ella, dejando de ser las leyes”.

Las líneas precedentes son algunas consideraciones teóricas liminares y básicas que estimo guiarán óptimamente el estudio y análisis del tema que pretendemos afrontar, consistente en determinar la conveniencia o no, de la admisibilidad del denominado y *ex novo* instituto jurídico del control difuso en sede administrativa o simplemente control difuso administrativo (si cabe la expresión, y en adelante CDA) en el ordenamiento jurídico peruano, incidiendo en el fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento jurídico como parámetro para su interpretación, además de realizar algunos comentarios a las principales sentencias que el Tribunal Constitucional ha emitido en estos años sobre el tema en cuestión, puntualmente la sentencia Nro. 3741-2004-AA/TC, primigenio precedente vinculante por la cual se acentuó la inserción del CDA en el Derecho peruano, y de la reciente sentencia Nro. 04293-2012-PA/TC, en la que el máximo intérprete de la Constitución, creemos sin justificación argumentativa legal suficiente, se rectifica del precedente mencionado, dejándolo sin efecto, y en consecuencia, eliminando la posibilidad de aplicación del CDA en nuestro país.

§ 2. LA “CONSTITUCIONALIZACIÓN” DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO: NEOCONSTITUCIONALISMO ¿SÓLO UNA ETIQUETA INOCUA? O ¿UN FENÓMENO EVIDENCIABLE?

Nota ineludible para el abordaje investigativo del CDA, lo comporta el estudio del fenómeno jurídico contemporáneo adjetivado *neoconstitucionalismo*¹⁷, por servir de razón argumentativa para el sustento y viabilidad de aquélla, diríase

¹⁷ Aunque existan pareceres discrepantes y escépticos en la contemporánea Teoría del Derecho, respecto a la existencia del fenómeno neoconstitucionalista, juzgo que dichas aseveraciones son muy escépticas y “no calzan con la realidad”, porque el neoconstitucionalismo al menos en su aquiescencia teórica de la pontificación de la Constitución y la defensa de los derechos fundamentales, ha logrado posicionarse en el pensamiento jurídico, variante del Estado Constitucional, que si bien abraza la concepción matriz fundamental de la supremacía de la Constitución, no alcanza a completar todos los elementos conceptuales que en el neoconstitucionalismo pueden observarse, entre ellos, por citar al más importante: la omnipresencia de la constitución. En tal sentido, el estado neoconstitucional, si así puede denominarse, es la absolutización de la Constitución Política, es el último trance evolutivo del Estado.

El término *neoconstitucionalismo*, según Paolo COMANDUCCI, resulta una invención de la Escuela Genovesa de la Teoría del Derecho, a la que pertenece, juntamente con Sussana Pozzolo, y Mauro Barberis. “*Constitucionalización y neoconstitucionalismo*” en VV.AA., El Canon Neoconstitucional. Universidad Externado de Colombia, Primera edición, Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (Eds.), 2010, pág. 175.

que la consistencia teórica del neoconstitucionalismo, dar cuenta de un orden jurídico en principio, constitucionalizado, es el principal pábulo que reviste la admisibilidad y defensa del CDA, toda vez que ella refuerza e intensifica la vigencia del principio de la supremacía constitucional, punto de partida para sostener la concreción de este instituto *ex novo*.

Conceptualizando brevemente al neoconstitucionalismo, a decir del jurista italiano Paolo Comanducci, éste se encuentra plenamente imbricado con una “*progresiva constitucionalización del derecho*”^{18 19}, postula una Constitución que no se limita sencillamente a establecer competencias o a separar poderes públicos, sino que por medio de la prescripción de determinadas normas sustantivas como la institucionalización de un amplio catálogo de derechos fundamentales²⁰, condiciona la actuación del Estado para el alcance de ciertos fines y objetivos acordes con el respeto de principios y valores que gravitan al sistema jurídico. En consecuencia, el presente fenómeno conduce a estatuir un orden jurídico, empleando los términos de Guastini²¹, “*impregnado*”, “*saturado*” o “*embebido*” por la Constitución, revelándose una “*constitución invasiva*”²² “***capaz de condicionar tanto la***

¹⁸ COMANDUCCI, Paolo. *Ibidem*.

¹⁹ Refutando la idea un “derecho constitucionalizado”, Jorge OJEDA VELÁSQUEZ apunta que “*tal posición es válida [solo] para aquellos países en que existe un control difuso de sus Constituciones. No lo es en cambio para aquellos en que existe un control concentrado*”. Véase: “*El (neo) constitucionalismo: fase superior del iusnaturalismo jurídico*”. Revista del Instituto de la Judicatura Federal, Número 29, México, 2010, pág. 160.

²⁰ Cfr. CARBONELL, Miguel. “El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis” en VV.AA., El Canon Neoconstitucional. Universidad Externado de Colombia, Primera edición, Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (Eds.), 2010, pág. 162.

²¹ Cfr. GUASTINI, Riccardo. “*La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano*” en VV.AA., Estudios de teoría constitucional, Fontamara, UNAM-IIIJ, México D.F., 2001, pág. 124 y ss.

²² En el Estado Neoconstitucional, la Constitución “*no se agota en los enunciados constitucionales*”, es decir, “*es más que el texto constitucional*”. GARCÍA AMADO, Juan A. “*Neoconstitucionalismo, ponderaciones y respuestas más o menos correctas. Acotaciones a Dworkin y Alexy*” en VV.AA., El Canon Neoconstitucional. Universidad Externado de Colombia, Primera edición, Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (Eds.), 2010, pág. 400. Y es que ella (la Constitución) aprehende además un sustrato axiológico expresado en el cúmulo de valores constitucionales que irradian el sistema jurídico. Complementando lo dicho, Carla FARRALLI arguye que la Constitución “*ya no es solo el fundamento de autorizaciones y marco del Derecho ordinario. Con conceptos tales como los de dignidad, libertad, igualdad y Estado de Derecho, democracia y Estado social, la Constitución proporciona un contenido substancial al sistema jurídico*”. *La Filosofía del Derecho Contemporáneo*, Madrid, Hispania Libros, 2007, pág. 83.

legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales²³.(resaltado mío).

El constitucionalismo fuerte o recargado, otros términos empleados también para asignar a esta fenómeno “constitucionalizante” (si es preciso denominarlo así), según opinión mayoritaria de la doctrina, viene gestándose capitalmente a partir de la mitad del siglo pasado²⁴, cuando al término de la II Guerra Mundial se produjo una suerte de “reconstitucionalización” en el continente europeo, modificando el lugar que ocupaba la Constitución, para estimarla en instrumento rupturista con el anterior régimen de corte positivista, dotándole esencialmente de un sólido componente axiológico²⁵, para superponerse en lo más alto de la pirámide de Kelsen.

Las constituciones más distintivas del neoconstitucionalismo a criterio del profesor brasileño Luis Roberto Barroso son: la Ley Fundamental de Bonn de 1949, quizás la Constitución y el país de su nacimiento,²⁶ si consideramos que a partir de 1951 se instauró el Tribunal Constitucional Federal de Karlsruhe²⁷ iniciándose según Benhard Schlink²⁸ “*una nueva época para el*

²³ Sic. GUASTINI, Riccardo. *opus cit*, pág. 153.

²⁴ Considérese lo siguiente: “*La reconstitucionalización de Europa, inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial y a lo largo de la mitad del siglo XX, redefinió el lugar ocupado por la Constitución y también la influencia del derecho constitucional sobre las instituciones contemporáneas. La creciente aproximación de las ideas del constitucionalismo con los ideales democráticos producirán una nueva forma de organización política, que podrá ser denominada por diversos nombres: Estado democrático de Derecho, Estado constitucional de derecho*”. Ver: BARROSO, Luis Roberto. “*El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del Derecho en Brasil (El triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil)*” en VV.AA., *Revista de Derecho*, Universidad de Montevideo, Año VI, N° 12, Montevideo, 2007, pág. 26.

²⁵ Jean RIVERO anota que “*la noción de derechos fundamentales no ha aparecido [sino] hasta finalizada la Segunda Guerra Mundial con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y todos los movimientos que le siguieron*”. Consúltese en: *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pág. 664.

²⁶ Un número considerable de reconocidos doctrinarios, precisan que la impronta del neoconstitucionalismo aconteció en Europa, siendo Alemania su punto de partida, básicamente, por la actuación descollante de su Tribunal Constitucional Federal en defensa de los derechos fundamentales, y al gran desarrollo teórico labrado por la escuela del Derecho Público Alemán. Ver: HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de Teoría del Discurso. Ed. Trotta, Traducción de M. Jiménez Redondo, Madrid, 1998, págs. 320 y 321.

²⁷ El exmagistrado del Tribunal Constitucional peruano, César LANDA ARROYO indica que “*El Tribunal Constitucional de Karlsruhe ha cumplido un papel clave en la protección de los derechos*

derecho constitucional”, de fructífera producción jurisprudencial orientado a consignar a la Constitución como un orden vinculante de valores, o lo que Dreier apunta: “*enfaticando su contenido valorativo*”²⁹, superando el “*estrecho positivismo legalista*” o siendo más rotundos: “*el positivismo legal de carácter neutral*”³⁰, en ese recuento también se consideran a la Constitución Italiana de 1946 post fascista, a la reformista Constitución portuguesa de 1976, y por último a la de España en 1978 que acabaría por defenestrar el régimen franquista.

2.1. CARACTERES IDENTIFICATIVOS DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

Enseña el profesor de la *Università degli Studi di Génova* (Italia), Riccardo Guastini³¹, que los caracteres identificativos para la plasmación un derecho efectivamente constitucionalizado son las siguientes precisiones a saber:

1. La existencia de una constitución rígida³², que incorpora los derechos fundamentales.
2. La garantía jurisdiccional de la Constitución.
3. La fuerza vinculante de la Constitución, concebida como un conjunto de normas preceptivas antes que programáticas.

fundamentales (...) redescubriendo el contenido valorativo, institucional, funcional y social de los derechos fundamentales y la propia Constitución”. Ver: “60 años de la Ley Fundamental de Bonn: significado y aporte al fortalecimiento del Estado democrático” en VV.AA., Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Año XVI, Montevideo, 2010, pág. 116.

²⁸ *Sic.* SCHLINK, Benhard. *Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgsgerichtsbarkeit*. En: Der Staat. T. 28, 1989, pág. 161.

²⁹ *Cfr.* DREIER, Rafael. Konstitutionalismus und Legalismus. Zwei Arten juristischen Denkens im demokratischen Verfassungsstaat, en Dais. E. E. Jorgensen, S y Tay, Ehr-Soon A. (eds.) konstitutionalismus versus Legalismus? ARSP-Bethel 40, 1991, pág. 85.

³⁰ *Cfr.* BARBERIS, Mauricio. “Neoconstitucionalismo, Democracia e Imperialismo de la Moral” en VV.AA., Revista Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, N° 31, 2001, pág. 328.

³¹ *Sic.* GUASTINI, Riccardo. *opus cit*, pág. 125.

³² En el brillante trabajo del profesor inglés James Bryce encontramos una explicación detallada y profunda de lo que se entiende por Constitución rígida. *Vide: BRYCE*, James. *Constituciones Flexibles Y Constituciones Rígidas*, Estudio preliminar de Pablo Lucas Verdu, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, págs. 1-129.

4. La “sobreinterpretación” de la Constitución.
5. La aplicación directa de las normas constitucionales, también para regular las relaciones entre particulares.
6. La interpretación adecuadora de las leyes.
7. La influencia de la Constitución sobre el debate político.

Paolo Comanducci³³ ha considerado que el neoconstitucionalismo, como postulado de vigencia fenomenológica, se manifiesta tripartitamente de la siguiente manera: ideológica, teórica, y metodológicamente.

A su vez García Amado juzga que los ítems apuntados “*en toda su pureza y rotundidad nunca aparecen todos juntos*”, en todo caso lo caracterizante, dice el profesor español, de un estado neoconstitucional, será su mayor grado de aproximación a ellas³⁴. En clave “multicompreensiva”, el reconocido tratadista ibérico Luis Pietro Sanchís³⁵, plantea que el neoconstitucionalismo sea entendido desde cuatro perspectivas: (i) como una filosofía política. (ii) como teoría del Derecho. (iii) como concepción del Derecho y (iv) como modelo de ciencia del Derecho.

Lo explicado *ut supra* nos sirve para postular la existencia o no de un ordenamiento jurídico constitucionalizado, o si se quiere neoconstitucionalizado, y en función de la receptación de dichos criterios, observar la progresiva adecuación a un Estado constitucionalizado *in stricto sensu*; siendo que nuestro ordenamiento jurídico recepta la mayoría de los criterios fijados por Guastini, podemos resolver sin criterio de dogma, y señalar que “nuestro derecho” se halla como un Estado constitucionalizado, lugar en donde la supremacía de la Constitución irradia en la totalidad del orden normativo.

³³ Vide COMANDUCCI, Paolo. “Formas de (Neo) Constitucionalismo: Un análisis metateórico”, en VV.AA., Revista Isonomía, N° 16, 2002, págs. 96 y ss.

³⁴ Sic. GARCÍA AMADO, Juan A. *Opus cit*, pág. 369.

³⁵ Consultar: <<http://edwinfigueroag.wordpress.com/2011/03/22/entrevista-al-dr-luis-prieto-sanchis-espana-neoconstitucionalismo/>> Entrevista realizada al profesor Luis Prieto Sanchís por el grupo Ipso Jure, en noviembre de 2010.

Una frase interesante para culminar el presente acápite y que resume muy bien la naturaleza del neoconstitucionalismo es ésta: “*pretende tomarse la Constitución en serio*”³⁶.

2.2. CONEXIVIDAD TEÓRICA: CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y CONTROL DIFUSO ADMINISTRATIVO:

El neoconstitucionalismo especificado por configurar un ordenamiento jurídico “absorbido” por la Constitución, como ya reseñáramos líneas arriba, consolida y subraya la fuerza normativa no solo del Texto Fundamental, sino también, imperiosamente de los principios constitucionales a los que se recurre para determinar su sentido interpretativo, entre los podemos ubicar al principio de la supremacía de la constitución^{37 38}. En ese sentido, si el Estado Constitucional de Derecho cimentó dicha supremacía³⁹, el Estado Neoconstitucional la maximiza, vigorizando la idea de que la totalidad del sistema jurídico se halle diseminado por la Constitución, y es que su esencia, su *ratio*, su fuste, el componente teleológico de su existencia, reside allí.

³⁶ Cfr. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. “Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica” en VV.AA., *El Canon Neoconstitucional*. Universidad Externado de Colombia, Primera edición, Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (Eds.), 2010, pág. 253.

³⁷ César LANDA ARROYO afirma que “*el Estado Constitucional Democrático se funda en este principio además del de la soberanía* “. *Constitución y Fuentes del Derecho*. Palestra Editores, Lima, 2006, pág. 313. También, Mario VERDUGO MARINKOVIC al plantear que la supremacía de Constitución “*es uno de los principios básicos del constitucionalismo clásico (...) gravita en el presente con la misma relevancia que en las postrimerías del siglo XVIII*” solo que ahora “reforzado” con el advenimiento del neoconstitucionalismo. “Notas sobre el principio de la supremacía constitucional y los Decretos Supremos de Ejecución” en VV.AA., *Estudios Constitucionales*, Revista del Centro De Estudios Constitucionales, Universidad De Talca, Año 1, N° 1, Santiago de Chile, pág. 387.

³⁸ No obstante, siguiendo a Alessandro PACE, “*el [neo] constitucionalismo no debe limitarse a designarse a limitar genéricamente la supremacía de la constitución*”. Ver: “Los retos del Constitucionalismo en el Siglo XXI” en VV.AA., *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Universidad de Granada, Francisco Balaguer Callejón (Director), Año 1, N° 2, Julio – Diciembre de 2004, pág. 166.

³⁹ Se debe advertir necesariamente que el *principio de la jerarquía de normas* es consubstancial e indisoluble del que propugna la supremacía de la Constitución, toda vez que el segundo es fuente del primero. Más ampliamente, y también sobre la estructura jerárquica normativa en el Perú, consultar: ORTECHO VILLENA, Víctor. *Jurisdicción y Procesos Constitucionales*, Edit. Rodhas, Lima, 2000, pág. 25.

Los efectos más resaltantes del mencionado principio son elementalmente dos (i) la Constitución debe ser entendida como la norma de mayor jerarquía, y (ii) en consecuencia, ningún espacio del ordenamiento puede verse desconectado o desvinculado de este apotegma, originando que la labor de proteger y resguardar la integridad de la Carta Fundamental no sea un asunto desarrollado por parcelas o compartimientos estancos, sino de forma conjunta y unitaria.

Así, la vigencia de cualquier expresión normativa debe guardar coherencia y ser compatible con aquella⁴⁰.

En el particular análisis de la presente investigación, los opositores y críticos a la inserción del CDA en el ordenamiento jurídico, la han fustigado alegando que la facultad de inaplicar un dispositivo inconstitucional es sólo una labor que compete funcionalmente al Poder Judicial, argumentando que así lo reconoce expresamente la Constitución en su artículo 138, y no sería extensible dicha competencia a la Administración Pública. por ende, no se hallaría habilitada, sino imposibilitada y “atada de manos” para ejercer la mencionada labor, porque hacerlo, siempre desde el punto de vista de negación del CDA, significaría incumplir con lo establecido taxativamente en sus funciones e incumplir con el principio de legalidad que direcciona la actuación de la Administración Pública. Siguiendo este razonamiento, circular por supuesto, además de legalista, la Administración Pública permitiría que un dispositivo inconstitucional mantenga vigencia y nada realice para eliminarla; ello desde cualquier ángulo interpretativo que se visione es inaceptable e inadmisibles, toda vez que en un Estado Constitucional como el que regentamos y preciamos de ostentar, dicha elucubración argumentativa, por decir lo menos, es francamente insensata, absurda e ignara.

Insensata porque no es posible admitir que una entidad importantísima como la Administración Pública asuma una actitud permisible ante la vulneración del texto constitucional. Absurda porque situar el principio de legalidad por sobre el de la supremacía constitucional, solo es plausible en un Estado de Legalidad dieciochesco. E ignara porque no es que la

⁴⁰ “Al hablar de que la Constitución es la norma suprema de un ordenamiento jurídico, no solamente nos referimos a su posición en el mismo, sino también y sobre todo a su eficacia y su fuerza derogatoria”. HUERTA OCHOA, Carla. “Interpretación y Reforma; ¿dialéctica o dilema?” en VV.AA., Ochenta aniversario. Homenaje a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, UNAM-IIIJ, México D.F., 1997, pág. 164.

Administración Pública se halle inhabilitada para desarrollar el control difuso, el hecho de que ni la Constitución ni la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG) prescriban expresamente tal función, no denota interpretativamente que se encuentre imposibilitada a desarrollarlo, en contraste, debe observarse lo prescrito en el artículo 38 de la Constitución⁴¹, y el Artículo IV de la LPAG, inciso 1.1.⁴², que exigen el deber de respetar la Constitución, es decir, aplicar la fuerza normativa de la misma, en aplicación del principio de la supremacía jerárquica de la Constitución, de modo que no exista ámbito o parcela en el ordenamiento jurídico que prefiera la ley sobre la Constitución.

En ese sentido, la competencia del control difuso, exclusiva por antonomasia del Poder Judicial, no debe ser óbice para aceptar que la Administración Pública, observando las reglas y criterios normativos exigidos por ejemplo en la sentencia que la habilitó (alcance que explicaremos en párrafos ulteriores), prefiriendo siempre el *thelos* constitucional a la norma legal, siempre inferior a aquélla. ¿O es que acaso la inconstitucionalidad de una norma sólo debe ser reportada en el plano judicial? Citando a Alfredo Bullard, podemos enmarcar: “*Decir lo contrario significa obligar a los órganos de la administración pública a incumplir la Constitución y resolver algo a sabiendas que luego su decisión sería dejada sin efecto por inconstitucional*”⁴³.

La función de proteger a la Constitución de las normas que pretenden transgredirla, es un asunto que la Administración Pública también debe observar, lo contrario, la transfigura en una entelequia de la legalidad,

⁴¹ Artículo 138° de la Constitución Política: La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

⁴² Artículo IV: Principios del procedimiento administrativo, inciso 1.1 Principio de legalidad, de la Ley General del Procedimiento Administrativo Nro. 27444: Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

⁴³ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. Esquizofrenia. Diario El Comercio. Consultado el 24 de setiembre de 2014 en la siguiente *webpage*: <http://elcomercio.pe/opinion/columnistas/esquizofrenia-alfredo-bullard-noticia-1723738>

convirtiéndose en una mera entidad desprovista de capacidad para defender lo exigible: el respeto a la supremacía de la Constitución. La portentosa fuerza normativa de aquélla, es la “inyección letal” para desterrar la ideología legalista del derecho, que al parecer es todavía dilección de algunos doctrinarios. En el presente escenario, por lo expuesto hasta aquí, es inconcebible admitir la vulneración de la Constitución Política por preferir el principio de legalidad administrativa.

Ya en 1788 Alexander Hamilton en *The Federalist* consignaba que “ningún acto legislativo contrario a la Constitución, puede ser válido”⁴⁴. Extrapolándolo, ningún acto administrativo contrario a la Constitución, puede ser válido, y por añadidura, no merece ser conservado.

§ 3. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL⁴⁵.

En el firme propósito de que lo estatuido –considerar a la Constitución como la *norma normarum*- no represente meramente una declaración de

⁴⁴ The Federalist (ed.b.f. Wriqth) Cambridge, mass, 1961, pág. 491.

⁴⁵ Son disímiles y heterogéneos los términos que acometen describir con cierta exactitud aquella potestad que habilita al Estado Constitucional, elaborar mecanismos legales concebidos para preservar y proteger la intangibilidad de la Constitución; reputando a los más difundidos en la literatura constitucional, nombramos a los siguientes: defensa de la Constitución (expresión schmittiana), control de la constitucionalidad (de origen estadounidense), jurisdicción constitucional (cuyo raigambre se halla en Italia) y justicia constitucional (nomenclatura ampliamente utilizada en Latinoamérica). Pero nos formulamos una sucesión de interrogantes: ¿Qué término es el más adecuado de emplear? y ¿por qué?, ¿acaso sólo existen diferencias semánticas? Respondiendo: adoptar el término que fuese, implica ciertamente fundarse en el desarrollo de una teoría explicativa del fenómeno aludido; es inaudito colegir un término determinado, sin antes revisar un estudio doctrinal que lo sustente. Por citar un ejemplo: el término defensa de la Constitución, es una expresión definida por Carl Schmitt, incluso un libro suyo lleva ese título, en clara alusión al accionar que el Estado debe de emprender en pos de la defensa del Texto Fundamental.

En tal sentido, a la inexistencia de un criterio uniforme en este aspecto, cualquier postulación terminológica es válida siempre en cuando se sustente doctrinalmente. Así, nosotros preferimos utilizar el término *jurisdicción constitucional*, por traslucir una connotación desvinculada de cualquier aspecto metajurídico, y en consecuencia, enhebrar una expresión jurídica, técnica si se quiere, más precisa y específica; cosa que no sucede si empleáramos términos como justicia constitucional, que implícitamente se vincula con criterios axiológicos. Con García Belaunde, diremos que el término jurisdicción constitucional es “*más técnico, más preciso y menos sujeto a imprecisiones filosóficas que solo darían lugar a discusiones interminables*”. GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Jurisdicción Constitucional*. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1990, pág. 31.

“buenas intenciones”, fruto del lirismo y de la exaltación, se concibieron disímiles estructuras legales con el *Leitmotiv* principal de que efectiva y verdaderamente la Carta Fundamental trasluzca ser la *higher law* del sistema normativo. Acaso la más notable estructura de las esgrimidas hasta nuestros días es la denominada jurisdicción constitucional, entidad cuya enunciación manifiesta, se encuentra en los calificados modelos o sistemas de control de la constitucionalidad, tópico que expondremos ulteriormente.

Conceptuando a la jurisdicción constitucional, Víctor García Toma esboza que ésta emana “*teniendo como presupuestos la supremacía jerárquica de la Constitución sobre cualquier otra norma del sistema jurídico y la necesidad de someter el ejercicio de la fuerza estatal a la racionalidad del derecho*”⁴⁶, siendo su capital función la de encargarse de “*garantizar el pleno respeto de los principios, valores, y normas establecidas en el texto fundamental*”⁴⁷, en sumo: amparar la observancia de la Constitución⁴⁸, por ello, el maestro español Sánchez Agesta elocuentemente denotó que la jurisdicción constitucional “*representa la eficacia práctica frente a la inmutabilidad y la adaptación frente a la cristalización de una ley falsamente divinizada*”⁴⁹ (resaltado mío).

En el contexto histórico de su plasmación, la jurisdicción constitucional se inscribe en un proceso germinado a la par del propio desarrollo constitucional de los estados modernos de derecho, esto es en las postrimerías del siglo XVIII. Los Estados constitucionales incipientes establecerían mecanismos de control, autocontrol, y defensa de la supremacía y vigencia constitucional⁵⁰. En buena cuenta se afirma que el desarrollo de la jurisdicción

⁴⁶ Cfr. GARCÍA TOMA, Víctor. *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, 1º Edición, Palestra Editores, Lima, 2005, pág. 517.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Cfr. GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Teoría y práctica de la Constitución*. Tomo 1, Eddili, Lima, 1989, pág. 88.

⁴⁹ Cfr. SÁNCHEZ AGESTA, Luis. *Curso de Derecho Constitucional Comparado*. Universidad Complutense, Madrid, 1980.

⁵⁰ Cfr. QUIROGA LEÓN, Anibal. “*El sistema de Justicia Constitucional en el Perú*” en VV.AA., *Lecturas sobre Temas Constitucionales 2*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1988, pág. 77.

constitucional ha propendido a la transformación efectiva del Estado Legal de Derecho a Estado Constitucional de Derecho^{51 52}.

Asumiendo la postura de García Toma, juzgamos que es en la jurisdicción constitucional donde “*se ejerce la actividad del control constitucional*”^{53 54}, que como ya lo indicáramos precedentemente, es firme enunciación de aquélla. El control constitucional a su vez se discurre y encauza a través de los sistemas o modelos, que indistintamente de su conformación poseen en común el designio de tutelar la supremacía de la Constitución.

Veamos *ipso facto* una reseña descriptiva de los principales sistemas de control de la constitucionalidad, enfatizando en el control difuso por criterios de cuestión temática, afín a la presente investigación:

3.1. LOS SISTEMAS DE CONTROL⁵⁵:

Desde la aparición de la jurisdicción constitucional, son tres los sistemas de control que mayor relieve poseen, a saber son: el control político⁵⁶ de raíces

⁵¹ Cfr. GARCÍA PELAYO, Manuel. “*Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho*” en VV.AA., Tribunal de Garantías en debate, Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo, Fundación Friedrich Naumann, Lima, 1986, pág. 23.

⁵² El insigne profesor español Fernández Segado ha señalado enfáticamente que para la efectivización de la jurisdicción constitucional, se requiere de un “*conjunto de condiciones que deben cumplirse en la organización social, política y económica de las comunidades respectivas, sin las cuales al menos en sus aspectos mínimos, no es posible (...) ni tan siquiera la eficacia de la jurisdicción ordinaria*”. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “*El Control de la Constitucionalidad en Iberoamérica: sus rasgos generales, su génesis en el pasado siglo*” en VV.AA., Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Biblioteca Jurídica Diké, 1997, Medellín, pág. 46.

⁵³ GARCÍA TOMA, Víctor. *Ibidem*.

⁵⁴ “*El control constitucional (...) camina en armonía y al servicio del principio de la supremacía constitucional*”. PALOMINO MANCHEGO, José. “*Control y magistratura constitucional en el Perú*” en VV.AA., Memorias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, UNAM, México D.F., 2002, Pág. 169.

⁵⁵ Una clasificación tipológica de los sistema de control ampliamente pormenorizada es la realizada por el profesor chileno Nogueira Alcalá, que los categoriza en las siguientes secciones: (i) en función de la admisión o no del sistema. (ii) en función del órgano que realiza el control (ii) en función del procedimiento de control (iv) en función del radio de acción del control, y (v) en función del efecto que produce la decisión. Véase: NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Justicia y Tribunales Constitucionales en América del Sur*. Palestra Editores, Lima, 2006, págs. 47-59.

⁵⁶ El presente sistema se origina de la desconfianza del sistema político hacia la labor de los jueces. RIVERA SANTIVÁÑEZ, José. “*Supremacía Constitucional y Sistemas de Control de*

francesas, el control difuso angloamericano y el control concentrado europeo⁵⁷.

Constitucionalidad” en VV.AA., Derecho Procesal Constitucional, Susana Castañeda Otsu (Coordinadora) Tomo I, Palestra Editores, Lima, 2004, pág.59. Prospera en la época de la Revolución Francesa, en pleno apogeo ideológico antimonárquico y ferviente de las ideas liberales. Si en el *le ancien droit*, era el Rey quién detentaba y retenía en su investidura los tres poderes clásicos del Estado; con la insurrección sobrevenida, se alzó un nuevo orden que menoscabó dicha confluencia de poderes. Así, quebrantado el Estado Absolutista, vendría a aparecer el Estado Liberal o Legal de Derecho, estipulándose las directrices fundantes de la democracia moderna, como el basilar principio de la separación de poderes. Pero si alguna característica le es muy propia al presente sistema, es su postura antijudicialista, pues basta recordar el brocardo proferido por el Barón de Montesquieu: “*Los jueces de la nación no son... más que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar la fuerza ni el rigor de las leyes*”. Actualmente el sistema del control político se encuentra en franca retirada, porque ha llegado a convertirse en el sistema de las dictaduras, exceptuando desde luego a Francia y su Consejo Constitucional, toda vez que, citando a Loewenstein “[*es por lo general*] *el propio parlamento el que dicta las leyes y él mismo declara inconstitucional sus propias normas*”.

Cuestionando la legitimidad de cualquier control que pudiera realizarse, al ser el mismo órgano el que revise sus decisiones, ver: ETO CRUZ, Gerardo, y PALOMINO MANCHEGO, José. “La Constitución española de 1978 y su influencia en el ordenamiento constitucional latinoamericano” en VV.AA. La Constitución y su defensa, Editora Jurídica Grijley, Domingo García Belaunde (Director), primera edición, noviembre de 2003, Lima, pág. 77.

⁵⁷ Otros rótulos utilizados para designar al presente sistema son: sistema abstracto, sistema de jurisdicción constitucional ad-hoc, sistema europeo, modelo kelseniano, sistema austriaco, sistema vienés. Kelsen dijo: “*No es pues el Parlamento mismo con quien se puede contar para realizar su subordinación a la Constitución. Es un órgano diferente a él, independiente de él, y por consiguiente también de cualquier otra autoridad estatal, al que es necesario encargar la anulación de los actos inconstitucionales- esto es, una jurisdicción o Tribunal Constitucional*”. Léase el clásico ensayo escrito por Hans Kelsen. “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)” en VV.AA. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Nro. 10, Julio-Diciembre de 2008, pág. 23.

El presente sistema de control confía la jurisdicción constitucional a un ente exclusivamente creado para ello, un ente cuya única misión es tutelar y vigilar por el respeto irrestricto a la Constitución. A dicho órgano se le denominó y denomina generalmente: Tribunal Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*), pues así lo designó desde un inicio el creador de esta organización, el prolijo jurista vienés Hans Kelsen, que desempeñó un rol protagónico en la instauración de este órgano en 1920 en la Constitución de Austria, mas, posteriormente en el ensayo La garantía jurisdiccional de la constitución, ya citado, que es todo un clásico en la literatura jurídica, explicará los fundamentos jurídicos que propiciaron la creación de un órgano como el Tribunal Constitucional, a quien se le reconocer por ser el “guardián de la Constitución”. En ese orden ideas, García Toma indica que “*este sistema se basa en la existencia de un órgano del Estado, diferente y autónomo de los tradicionales (Legislativo, Ejecutivo y Judicial)*” es decir “*ejerce control a partir de una privativa jurisdicción constitucional*”. GARCÍA TOMA, Víctor. La jurisdicción constitucional: el Tribunal Constitucional del Perú, pág. 36. Vide:

El egregio maestro García Belaunde⁵⁸ los etiqueta como los modelos originarios, genuinos o puros, en tanto que las neo formas derivativas de aquéllos vendrían a conformar sistemas impuros que particularizan características sutilmente diferenciables y que funcionalmente las hace distintas, así se sitúan el control mixto y el control dual⁵⁹.

Otra clasificación valiosa es la elaborada por el maestro florentino Piero Calamandrei⁶⁰, quién planteó la entidad de dos modelos contrapuestos, los más importantes a tomar en cuenta, que de acuerdo a sus características particulares vienen a ser, el de tipo difuso (de corte incidental, especial y declarativo) y el de tipo concentrado (de corte principal, general y constitutivo).

Sin embargo, las señaladas formas clasificatorias de los tipos de control constitucional en opinión de Francisco Fernández Segado, en la contemporaneidad “*existe una obsolescencia del clásico enfoque teórico que concebía una bipolaridad entre el sistema americano y el sistema europeo*”, siempre siguiendo al profesor español, anota que a pesar de que “*la virtualidad didáctica de los adjetivos “difuso” y “concentrado” es grande; de ello no cabe la menor duda (...) hoy no se puede decir que retraten la realidad (...) su valor explicativo es bastante dudoso*”. Más bien existe “*una clara tendencia convergente entre los dos clásicos modelos*”, proceso que “*se ha ido acentuando*”⁶¹(resaltado mío), existe una suerte de mixtura e hibridación⁶² o lo que Lucio Pegoraro⁶³ estima “*a seguito della impetuosa*

http://www.law.ufl.edu/_pdf/academics/centers/cgr/7th_conference/LA_JURISDICCION_CONSTITUCIONA1-aumentado.pdf

⁵⁸ Cfr. GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Derecho Procesal Constitucional. Editorial Themis, Bogotá, 2001, pág. 19.

⁵⁹ El Perú regula este tipo de control según García Belaunde. Sobre la evolución del control de la constitucionalidad en nuestro país es de sumo relieve leer el trabajo del citado profesor, GARCÍA BELAUNDE, Domingo, intitulado: “*Notas sobre el control de constitucionalidad en el Perú: antecedentes y desarrollo (1823-1979)*”. Revista electrónica de Historia Constitucional, Nro. 4, junio de 2003.

⁶⁰ Cfr. CALAMANDREI, Piero. “*La illegittimità costituzionale delle leggi nel proceso civile*”, en “*Opere giuridiche*”, Morano, Napoli, Tomo III, 1968, página 350.

⁶¹ Sic. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “*La justicia constitucional ante el Siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*” en VV.AA., “*Estado de Derecho y la justicia constitucional en el Siglo XXI*”, Grupo editorial Kipus, Cochabamba, 2004, pág. 59.

⁶² *Ibidem*.

espansione del costituzionalismo e della forma di Stato liberal democratica, i modi di fare giustizia costituzionale si sonò ancor più mescolati e complicati”.

Revisemos brevemente el modelo del control difuso, por ser de interés para la investigación, a efectos de adentrarnos en el análisis de la institución que venimos desarrollando, cual es el CDA.

3.1.1 CONTROL DIFUSO⁶⁴

a) DESARROLLO HISTÓRICO

Anglosajón y jurisprudencial, son los rasgos más connotativos en su formación. Anglosajón⁶⁵ porque fue arquitecturado primero en las tierras de Shakespeare, o Dickens, y posteriormente y con mayores alcances en las de Hemingway, o Faulkner. Y jurisprudencial porque su sedimentación factual no fue depositaria de ningún mandato constitucional. En efecto, la *judicial review* no fue prevista originariamente en dispositivo jurídico alguno, sino es obra de la jurisprudencia, ha surgido, por decirlo de alguna manera, en forma pretoriana, en términos de Hakansson Nieto: “*es una conquista de los jueces ganada a pulso*”⁶⁶.

Aníbal Quiroga León⁶⁷ menciona que “*en ella se sentó el precedente vinculante (stare decisis) de que una ley contraria a la Constitución debía ser considerada proveniente de una legislatura repugnante*”.

Acertadamente en 1907 Charles Evan Hughes, magistrado de la *Court Suprema of the EEUU* diría que “*nosotros estamos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es*”⁶⁸.

⁶³ Sic. PEGORARO, Lucio. “*La circolazione, la recezione e l’ibridazione dei modelli di giustizia costituzionale*”, ensayo publicado en el Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, N° 6, 2002.

⁶⁴ Otros rótulos que se le asignan son: sistema americano, *judicial review*, y revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes.

⁶⁵ Reiterando la indicación inicial, la *judicial review* “*tiene sus antecedentes en la doctrina formulada por el juez Edward Coke (Bonham’s case 1610)*”. RIVERA SANTIVANEZ, José. *Opus cit.* pág. 60.

⁶⁶ Cfr. HAKANSSON NIETO, Carlos. La forma de gobierno de la Constitución peruana. Universidad de Piura, Lima, 2001, pág. 224.

⁶⁷ Sic. QUIROGA LEÓN, Aníbal. “*¿El control difuso administrativo?*” en VV.AA., Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Fundación Konrad Adenauer, 2010, pág. 220.

b) CONCEPTO

El control difuso debe entenderse por ser un modelo que habilita que “*todos los jueces [tengan] la potestad y obligación legal de aplicar la Constitución con preferencia a las leyes y éstas con preferencia a los decretos o resoluciones*”⁶⁹, es decir, “*la salvaguarda de la Constitución se encuentra a cargo del órgano judicial ordinario*”⁷⁰.

Quiroga León refiere que es el Poder Judicial ordinario quien ejerce el control y defensa de la Constitución a nivel nacional⁷¹.

El Tribunal Constitucional (en adelante TC) en la Sentencia N.º 2502-2005-PHC/TC⁷² refirió que “*el control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del Juez al que el artículo 138º de la Constitución habilita en cuanto mecanismo para preservar el principio de supremacía constitucional y, en general, el principio de jerarquía de las normas*”.

c) CARACTERÍSTICAS

Situando sus más destacables caracteres encontramos que es un control:

- ✓ **difuso o disperso**, pues la competencia para efectuar el control judicial de constitucionalidad radica en todos los jueces que integran el Poder Judicial, independientemente de la jerarquía que ocupen⁷³.
- ✓ **incidental** porque el pronunciamiento de inconstitucionalidad surge a partir de la existencia previa de una cuestión judicial generada a través de cualquier proceso rutinario y planteada entre personas naturales y/o jurídicas⁷⁴.
- ✓ **con eficacia relativa**, pues el pronunciamiento de inconstitucionalidad solo alcanza las partes comprendidas en una

⁶⁸ Citado por Domingo GARCÍA BELAUNDE en su “Teoría y práctica de la Constitución...” pág. 145.

⁶⁹ RIVERA SANTIVANEZ, José. *Opus cit.*, pág. 60.

⁷⁰ GARCÍA TOMA, Víctor. *Opus Cit.*, pág. 545.

⁷¹ QUIROGA LEÓN, Aníbal. “*El sistema de Justicia Constitucional...*” pág. 80.

⁷² Sentencia N.º 2502-2005-PHC/TC

⁷³ CARPIO MARCOS, Edgar. *Opus Cit.*, pág. 640.

⁷⁴ GARCÍA TOMA, Víctor. *Opus Cit.*, pág. 546.

cuestión judicial. En tal sentido, la declaración de inconstitucionalidad solo tiene efectos interpartes e inaplicativos⁷⁵.

§ 4. BREVE BOSQUEJO DEL CONTROL DIFUSO ADMINISTRATIVO.

En el presente apartado estriba el factor cardinal de la investigación que dilucidamos, aquí la esencialidad del mismo, por contener la respuesta al planteamiento inicialmente formulado cual es: ¿Es posible admitir el CDA en el ordenamiento jurídico peruano?

Para ello estatuiremos nociones que expliquen la consistencia conceptual de un instituto *ex novo* como viene a ser este “nuevo” tipo de control difuso, mencionar su impronta en el escenario jurídico peruano, estudiar las posiciones teóricas esgrimidas -por cierto reluctantes- que pretenden describir su naturaleza jurídica, establecer sus principales caracteres, entre otras atingencias que nos conduzcan a clarificar su identidad.

Veamos cómo el CDA se ha desarrollado a través de la jurisprudencia del TC:

4.1. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DEL CONTROL DIFUSO ADMINISTRATIVO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La puesta en escena del CDA en nuestro país es hechura del TC, que a través de la STC N° 3714-2004 configuró la permisión de esta modalidad derivada de la *judicial review* tradicional.

Es pertinente entonces conocer de qué manera la jurisprudencia del TC ha evolucionado desde una posición inicialmente negacionista hasta una favorable como se ha indicado, para ulteriormente rectificar ésta postura y dejar el estado de cosas jurisprudencial como si el CDA nunca hubiese existido, revisemos:

ETAPAS:

a. PRIMERA ETAPA: NEGACIÓN DEL CDA.

Inicialmente planteada la cuestión, el TC puntualizó firmemente la inadmisibilidad del CDA, así puede colegirse del siguiente apartado recaído en la STC N° 0007-2001-AI/TC:

⁷⁵ GARCÍA TOMA, Víctor. *Opus Cit.*, pág. 547.

“la facultad de declarar inaplicable las normas jurídicas, conforme lo establece el artículo 138° de nuestra Constitución Política, sólo se encuentra reservada para aquellos órganos constitucionales que, como el Poder Judicial, el Jurado Nacional de Elecciones o el propio Tribunal Constitucional, ejercen funciones jurisdiccionales en las materias que les corresponden y no para los órganos de naturaleza o competencia eminentemente administrativas”. (resaltado mío).

b. SEGUNDA ETAPA: PERMISIÓN GENÉRICA DEL CDA, SIN LIMITACIONES NI RESTRICCIONES.

Muy disímil de la anterior postura en donde el TC no reconocía la permisión del CDA, éste modificaría radicalmente su parecer para llegarlo a admitir sin limitación o restricción alguna, es decir, realizó un cambio jurisprudencial de “extremo a extremo”. Para muestra, léase el siguiente fragmento de la STC 0050-2004-AI/TC:

“Es preciso dejar a un lado la errónea tesis conforme a la cual la Administración Pública se encuentra vinculada a la ley o las norma expedidas por las entidades del gobierno sin poder cuestionar su constitucionalidad. (...). En tal sentido, en los supuestos de manifiesta inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias, la Administración no sólo tiene la facultad sino el deber de desconocer la supuesta obligatoriedad de la norma infraconstitucional viciada, dando lugar a la aplicación directa de la Constitución” (resaltado y subrayado mío).

c. TERCERA ETAPA: ADMISIÓN RESTRINGIDA DEL CDA.

La incardinada tercera etapa se expresa a partir de la emisión de la STC 3741-2004-AA/TC y su posterior resolución aclaratoria expedida el 13 de octubre de 2006, que constituyen los documentos capitales que modificaron aquella decisión que se permitía la admisión del CDA sin limitaciones ni restricciones, para determinar que la validez y procedencia de ésta debía circunscribirse al cumplimiento de ciertos requisitos o parámetros que posibilitaran su concreción.

A continuación consignamos los argumentos más importantes que el TC en la STC 3741-2004-AA/TC desarrolló para la defensa del CDA.:

Véase en el F.J. 6: “*Este deber de respetar y preferir el principio jurídico de supremacía de la Constitución también alcanza, como es evidente, a la administración pública. Esta, al igual que los poderes del Estado y los órganos constitucionales, se encuentran sometida, en primer lugar, a la Constitución de manera directa y, en segundo lugar, al principio de legalidad, de conformidad con el artículo 51.º de la Constitución.*(...)”

[EL] «*Principio de legalidad*», en el fondo no es otra cosa que la concretización de la supremacía jurídica de la Constitución, al prever que «[las] autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho (...)» (resaltado y énfasis agregado mío)”.

Véase en el F.J. 7: “*De acuerdo con estos presupuestos, el Tribunal Constitucional estima que la administración pública, a través de sus tribunales administrativos o de sus órganos colegiados, no sólo tiene la facultad de hacer cumplir la Constitución –dada su fuerza normativa–, sino también el deber constitucional de realizar el control difuso de las normas que sustentan los actos administrativos y que son contrarias a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional*”. (...)”

Véase en el F.J. 12: *Por ello es intolerable que, arguyendo el cumplimiento del principio de legalidad, la administración pública aplique, a pesar de su manifiesta inconstitucionalidad, una ley que vulnera la Constitución o un derecho fundamental concreto.*(...)

Véase el F.J. 15: “*En ese sentido, el principio de legalidad en el Estado constitucional no significa simple y llanamente la ejecución y el cumplimiento de lo que establece una ley, sino también, y principalmente, su compatibilidad con el orden objetivo de principios y valores constitucionales; examen que la administración pública debe realizar aplicando criterios de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad*”

Véase el F.J. 16: “*De lo contrario, la aplicación de una ley inconstitucional por parte de la administración pública implica vaciar de contenido el principio de supremacía de la Constitución,*

así como el de su fuerza normativa, pues se estaría otorgando primacía al principio de legalidad en detrimento de la supremacía jurídica de la Constitución, establecido en los artículos 38.º, 51.º y 201.º de la Constitución; lo cual subvierte los fundamentos mismos del Estado constitucional y democrático” (resaltado y énfasis agregado mío).

Y por último, véase lo que se preceptúa en el F.J. 50: *Todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38.º, 51.º y 138.º de la Constitución”* (resaltado y subrayado mío).

Expedida la referida sentencia, ésta fue muy criticada porque la misma no precisaba en qué circunstancias y en qué casos podía proceder el CDA, menos aún referenciaba que órganos serían los habilitados para conducirla. Por dicho motivo, posteriormente el TC emitiría una resolución aclaratoria definiendo con precisión los alcances y consideraciones exigibles para la estructuración del CDA.

Así dispuso, en la particular materia que analizamos, que la facultad de inaplicar una norma cuanto ésta sea contraria o incompatible con la Constitución, solo sería ejercida por los Tribunales Administrativos y Órganos Colegiados de la Administración Pública, que cumplan los siguientes requisitos:

- Impartan “justicia administrativa”.
- Ostenten competencia nacional.
- Se encuentren adscritos al Poder Ejecutivo; y,
- Que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados.

Y hasta antes de la emisión de la sentencia que elimina su vigencia de nuestro ordenamiento jurídico, efectivamente, se regulaba un CDA atenuado, matizado, o limitado si se quiere.

d. CUARTA ETAPA: ELIMINACIÓN DE PRECEDENTE VINCULANTE Y DEL CONTROL DIFUSO EN SEDE ADMINISTRATIVA

La última etapa del CDA en el derecho peruano acaece con su exclusión del ordenamiento jurídico, el TC a través del precedente vinculante recaído en la sentencia Nro. 04293-2012-PA/TC, determinó deshacer la novísima institución del CDA, afirmando esencialmente que así no se quebrantaría el principio de la separación de poderes. Colegimos de la sentencia los siguientes puntos que estimamos más resaltantes:

Véase el F.J. 33, en el punto c: “...permitir que los tribunales administrativos u órganos colegiados realicen control difuso de constitucionalidad, afecta el sistema de control dual de jurisdicción constitucional establecido en la Constitución y reservado para el Poder judicial y/o el Tribunal Constitucional, según corresponda, conforme a los artículos 138° y 201° de la Constitución, respectivamente.

En ese sentido, incluso afecta al principio de división de poderes, dado que se permite que un tribunal administrativo, que forma parte del Poder Ejecutivo, controle las normas dictadas por el Poder Legislativo, lo que, conforme a la Constitución, solo puede ocurrir en un proceso jurisdiccional y no en uno de naturaleza administrativa” (...) (resaltado nuestro).

Asimismo el F.J.34 refiere que: *“Atendiendo a lo expuesto, el Tribunal Constitucional llega a la conclusión de que tal precedente desnaturaliza una competencia otorgada por la Constitución al extender su ejercicio a quienes no están incursos en la función jurisdiccional y que, conforme a la Constitución, carecen de competencia para ejercer el control difuso de constitucionalidad. En consecuencia, en ningún caso, los tribunales administrativos tienen la competencia, facultad o potestad de ejercer tal atribución, por lo que corresponde dejar sin efecto el precedente vinculante citado.”*

Prosigue en el F.J. 35: *“En consecuencia, el Tribunal Constitucional considera que conceder facultades a los tribunales administrativos para ejercer el control difuso lleva a quebrar el equilibrio entre democracia y constitucionalismo, al permitir que*

quien por imperio de la Constitución no posee legitimidad directa y expresa pueda hacer ineficaces las normas jurídicas vigentes, a lo que se añade que puede ocurrir que muchas de tales actuaciones no sean objeto de revisión por órgano jurisdiccional alguno, en caso no se cuestione el resultado de un procedimiento administrativo (...)” (resaltado nuestro).

Situamos como erradas las motivaciones que el TC consideró en la presente sentencia, porque desvincula a los tribunales administrativos (únicos órganos que fueron autorizados para aplicar este tipo de control difuso) de un principio fundamental en la arquitectura constitucional, cual es la supremacía de la Constitución, señalando sólo el supuesto hecho de que se desvirtuaría el principio de separación de poderes, aspecto que no estimamos certero ni justificante, porque los tribunales administrativos al aplicar este mecanismo, no hacen otra cosa que postular a la Constitución sobre las demás normas jerárquicamente inferiores, sin mellar aspecto alguno sobre el principio aparentemente afectado, toda vez que dicha competencia de inaplicar una norma contraria a la Constitución no debe interpretarse como función exclusiva de los órganos jurisdiccionales si es que ante ello postulamos la supremacía constitucional. Si queremos asumir una concepción cerrada de las disposiciones constitucionales, evidentemente aceptaríamos que el control difuso de constitucionalidad solo debe encontrarse reservado para los jueces, sin embargo, debemos considerar que una interpretación que salvaguarde el principio de fuerza normativa de la Constitución debe habilitar el CDA, o *contrario sensu* para el caso en cuestión, debemos acabar por aceptar que cuando acontezca un acto administrativo de manifiesta inconstitucionalidad, los tribunales administrativos sólo se limiten a observarlo sin cuestionar su juridicidad, cual jueces que solo pronuncian las palabras de la ley, con la aclaración que aquí no hablamos de jueces en sentido estricto, sino de quienes ejerciendo una función pública (tribunales administrativos) deban aplicar preferentemente la Constitución sobre la ley, la interpretación *pro constitutione* sobre la interpretación preferente de la ley. No olvidemos que antes que una interpretación rígida estricta y sesgada de la Constitución, se encuentra la defensa de los principios que atenazan nuestro Estado Constitucional de Derecho; en esencia para la presente discusión, la supremacía de la Constitución sobre la obturada visión de la separación de poderes que comparten los detractores del CDA.

4.2. TESIS ELABORADAS

Polémica, disputa, controversia, es lo que ha prohiado la admisión y el reconocimiento del CDA, y ahora su exclusión, dispuesto por el TC en las sentencias revisadas *ut supra*. Consecuencia inexorable de las posturas antagónicas producidas en la elucubración de teorías, principalmente dos, que intentan explicar la posible factibilidad del CDA, en un caso (tesis positiva), y en otro fustigar su presencia (tesis negativa) siendo éstas las más difundidas en la doctrina nacional, y que ahora pasaremos a glosarlas:

a) TESIS POSITIVA:

Quienes se adscriben a la presente formulación teórica, gravitan su argumentación interpretativa sosteniendo que la Administración Pública se encuentra en el deber de materializar el control difuso cuando una norma infraconstitucional sea incompatible con la Constitución Política, ya sea por el fondo o la forma, pues si no, desde otro punto de vista interpretativo, denotaría concebir a la Administración Pública sencillamente como una entidad intrascendente para cohesionar la constitucionalidad normativa, “atada de manos”, porque solo asistiría al hecho que una norma que vulnera la Constitución no encuentre forma de invalidarla.

Si bien expresamente la Constitución no le atribuye dicha facultad, implícitamente dicha labor de preferir una norma constitucional sobre una inferior a ésta es una obligación que también le pertenece, por las normas ya citadas anteriormente. No se trata de una creación exprofesa y deliberada, sino de una interpretación acorde con el espíritu de la Constitución, y la consecuente protección de los derechos fundamentales. Sobre esto último Alfredo Bullard comenta “*es un derecho fundamental de todo administrado que la Constitución tenga total y plena vigencia en el procedimiento [administrativo], y dicha vigencia no puede estar limitada al proceso judicial, debe incluir al procedimiento administrativo.*”⁷⁶.

En ese sentido, Bustamante Alarcón refiere que la Administración Pública: “*debe ejercitar el control difuso de la constitucionalidad normativa, por habersele conferido, implícitamente, el poder-deber de aplicar ese mecanismo de control. Admitir lo contrario significaría atentar contra la eficacia directa e inmediata de la Constitución, y aceptar que la*

⁷⁶ Sic. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. Kelsen de cabeza: verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas. Revista Themis, PUCP, Nro. 51, Año 2005, Lima, pág. 94.

*Administración puede exprofesamente emitir un acto que, al estar viciado de inconstitucionalidad, está condenado a la invalidación*⁷⁷.

b) TESIS NEGATIVA:

La razón cardinal alegada por los partidarios de la presente, es la enfatizada en mencionar que la Administración Pública no es en esencia una entidad que atenace entre sus atribuciones la *jurisdictio*, y por tanto se encontraría inhabilitada para concretizar el CDA, porque de hacerlo, desnaturalizaría el ejercicio de sus funciones constitucionalmente reconocidas, vulnerando el principio de legalidad que irroga toda la Administración Pública, consistente en que ésta solo “*debe hacer aquello que la ley le obliga*”, y al no hallarse en ninguna disposición legal expresamente la facultad de aplicar el control difuso, no es admisible que la Administración canalice el CDA.

En este orden de ideas, Pando Vílchez menciona: “*no debe confundirse deber de defensa y/o cumplimiento de la Constitución con potestad o facultad de dejar de cumplir una norma que se interprete como inconstitucional, pues ello ocasionaría serias consecuencias en nuestro ordenamiento jurídico nacional*”⁷⁸ refiriéndose al uso innecesario de la inconstitucionalidad que pueda realizarse a través de este mecanismo de control.

Arguyen los defensores de la presente teoría, a las siguientes preguntas, respuestas todas negativas: ¿Resulta coherente con nuestro ordenamiento y con la voluntad del constituyente interpretar extensivamente la potestad que se ha atribuido a órganos específicos para apreciar la constitucionalidad de una norma? ¿Existen acaso potestades implícitas? ¿Podría considerarse implícita la potestad de controlar la constitucionalidad de las normas? ¿Es que acaso no es más compatible con la propia idea de supremacía constitucional que los órganos competentes para controlar la constitucionalidad de las normas se encuentren expresa y directamente identificados en la Constitución?, cuestionando la idea de que vía interpretación, pueda extenderse la aplicación del control difuso de naturaleza judicial a sede administrativa.

⁷⁷ *Sic.* BUSTAMANTE ALARCÓN Reynaldo. Control: ¿Es viable que la Administración ejerza el control difuso de la constitucionalidad normativa? Revista Jurídica del Perú, Año LII, N° 41, Revista especializada en jurisprudencia y doctrina, 2002, Trujillo, pp. 55-62.

⁷⁸ *Sic.* PANDO VÍLCHEZ, Jorge. ¿Hacia el control confuso de constitucionalidad?. Diálogo con la jurisprudencia, N° 98, Año 2006, Lima, pág. 52.

4.3. ¿CONTRADICCIÓN DE PRINCIPIOS?

PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL VS PRINCIPIO DE LEGALIDAD

En el íter argumentativo de la discusión sobre el CDA, puede observarse el pretendido conflicto entre dos principios jurídicos. Referenciamos al principio de la supremacía constitucional yuxtapuesto con el principio de legalidad. Esta contraposición no hace más que reforzar nuestra postura favorable a la aplicación del CDA, porque en buena cuenta la supremacía constitucional es un principio al cual ningún otro puede oponérsele, el de legalidad es secundario y subordinado a éste.

La supremacía constitucional⁷⁹ concebida como categoría hegemónica del sistema jurídico, conlleva la asunción de la jerarquía normativa⁸⁰ que dicho sea de paso según Pereira Menaut, vertebrada toda la pirámide jurídica, haciendo de esta una estructura jerárquica escalonada que Kelsen la llamó *Stufenbau* (estructura escalona)⁸¹. En ese sentido, Brewer-Carías manifiesta que “*la supremacía constitucional es una noción absoluta, que no admite excepciones*”⁸².

La legalidad no debe implicar “*la convivencia dentro de cualquier ley, sino de una ley que se produzca dentro de la Constitución y con garantías plenas de los derechos fundamentales, es decir, no se vale cualquier contenido de la ley sino solo aquel contenido que sea conforme con la*

⁷⁹ La fundamentación de la supremacía de la Constitución, a decir de Bidart Campos, encuentra su justificación porque “*es el primer fundamento del orden jurídico, pues es la ley de leyes, y porque no hay Estado sin Constitución*”. BIDART CAMPOS, Germán. Derecho Constitucional. Editorial Ediar, Tomo I, Buenos Aires, 1966, página 206.

⁸⁰ Cfr. RIVERA SANTIVÁÑEZ, José. *Opus Cit*, “Supremacía Constitucional y Sistemas de Control de Constitucionalidad”, pág 51.

⁸¹ Cfr. PEREIRA MENAUT, Antonio. En defensa de la Constitución. Palestra Editores, Lima, 2011, pág.378. Reforzando la idea propuesta “*hay una pirámide, indudablemente, la pirámide conlleva la existencia de una jerarquía, es decir, la existencia de grados, que descienden de arriba hacia abajo*”, GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Diez preguntas a Domingo García Belaunde sobre el control constitucional (A propósito de la Reección Presidencialista). Revista jurídica del Perú, Año LIV, N° 55, Lima, 2004, pág. 11.

⁸² *Sic.* BREWER-CARIAS, Allan. el juez constitucional vs la supremacía constitucional. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, México, 2008, pág. 19.

Constitución y los derechos humanos”⁸³. El profesor administrativista Marienhoof⁸⁴ señalaba que “*la Administración no es una mera ejecución de la ley*”, sino que también debe entenderse como un ente constitucionalizado.

§ 5. ENFOQUE PERSONAL.

Finalizada la exposición precedente, bien podemos explicitar nuestro particular enfoque respecto al tema que nos hemos planteado desentrañar, relativo a la posibilidad de admisión del CDA, además de enjuiciar sus efectos, situándolo en el ordenamiento jurídico peruano

Empecemos: la admisibilidad del CDA planteado en los términos y alcances formulados por el TC en la sentencia STC 3741-2004-AA/TC, constituyó para nosotros, una decisión acertada y pertinente, que contribuye y coadyuva a fortalecer la irrestricta vigencia del *supra*-principio de la supremacía de la Constitución, sin dejar parcela alguna que inobserve este aspecto. Es imperioso decirlo sin ambages: la Administración Pública, en el Estado actual, no puede configurarse como una “isla” desvinculada de los principios que inspiran al Estado Constitucional de Derecho, y por ende no puede yuxtaponer el principio de legalidad, que por antonomasia le rige, por sobre el de la prevalencia de la Constitución⁸⁵.

Ahora bien, el nuevo precedente vinculante recaído en la sentencia 04293-2012-PA/TC, puntualmente menciona respecto al CDA que la AP no tiene por potestad la *jurisdictio*, siendo entonces inadmisibile la posibilidad de aceptar que ésta ejerza algún tipo de control difuso; no obstante ello, pensamos que ese razonamiento es parvo, circular y desmedidamente positivista, o si se quiere, resumiéndolo en una idea: configura una postura sesgada y dieciochesca. ¿Por qué? El hecho de que la Constitución no halle prescrito expresa o taxativamente que la AP deba aplicar el control difuso cuando alguna circunstancia lo exija, no significa que ésta facultad no sea parte del cúmulo de deberes que la AP debe de desarrollar en un Estado Constitucional de Derecho como el peruano, reafirmando lo anteriormente

⁸³ *Sic.* CÁRDENAS GRACIA Jaime. Remover los dogmas., Revista mexicana de Derecho Constitucional Cuestiones Constitucionales. México, 2002, pág. 21.

⁸⁴ MARIENHOFF, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982. pág. 57.

⁸⁵ “*La nota jurídica esencia de la Constitución radica exclusivamente en la superioridad de su fuerza*”, ver: JELLINEK, George. Teoría general del Estado. Editorial B de f, Montevideo, 2005, pág.658.

señalado, negarle a la AP la posibilidad de aplicar el control difuso haría que ésta se halle “atada de manos” cuando presencie o advierta una norma que colisiona con la Constitución, y la convierte en una entidad desprovista de capacidad de acción para rechazar toda expresión normativa espuria por inconstitucional. Ello no pasa de ser una visión legalista y positivista del problema, siendo fundamental la aplicación de principios que orienten el sentido interpretativo de una norma, así el principio de la supremacía constitucional, se convierte en sustento irrefutable para cuestionar la postura negacionista del CDA adoptaba por el TC en la sentencia cita *ut supra*.

Es ilógico que en un Estado Constitucional de Derecho, de vigencia coetánea, todavía existan posiciones que soslayan la preeminencia del texto fundamental sobre otras normas. El principio de legalidad postulado por los críticos del CDA es un estamento gradualmente inferior a lo que reviste la supremacía constitucional. No estamos en un estado legal de Derecho para pretender defender ideas preconstitucionales, parafraseando al profesor Alfredo Bullard, pareciera que quienes se oponen a la admisibilidad del CDA sufren de esquizofrenia legal, ya que en su mundo todavía prefieren a la ley sobre la Constitución, sin tomar en cuenta la realidad contrastable con su parecer. Actualmente, en el estado de cosas, la Administración Pública, siguiendo a Morón Urbina⁸⁶, están obligadas a “*aplicar directamente las normas y valores constitucionales a los casos concretos que resuelva, a interpretar conforme a las normas y principios constitucionales y a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el TC en cualquier tipo de proceso*”.

§ 6. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS.

Defendemos con ardid la admisibilidad del CDA en el ordenamiento jurídico peruano, en los términos que había circunscrito el TC anteriormente, porque así la constitucionalidad está por sobre la legalidad, y no al revés como “dieciochescamente” se quiere establecer.

Y es que “*el control difuso no es otra cosa, como todo en el Derecho, que una simple herramienta para mejorar la convivencia humana*”⁸⁷, una herramienta que vigoriza la vigencia de los derechos fundamentales de los

⁸⁶ *Sic.* MORÓN URBINA, Juan Carlos. Control de legalidad y control difuso en sede administrativa. La ley, Año 3, N° 34, del 1 al 30 de setiembre de 2010, pág. 8.

⁸⁷ *Sic.* BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Opus Cit.*, pág. 96.

administrados, disminuye el valor legalista del derecho y entroniza el carácter preeminente de la Constitución Política. Una actuación válida de la AP solo es posible si es concomitante con las normas, principios y valores constitucionales, si no se produciría una suerte de dictadura legal en donde “*la AP solo sería la boca que pronuncia las palabras de la ley*”, sin considerar el esquema piramidal kelseniano en donde la *grundnorm* es la norma fundamental y debe ser respetada, Kelsen muy bien mencionaba que ésta “*es siempre el fundamento del Estado, la base del ordenamiento jurídico*”⁸⁸.

Por último: “*el Derecho Administrativo es un derecho subalterno al Derecho Constitucional. El cambia cuando cambia éste*”⁸⁹. La Constitución lo es todo, así de rotundo y claro, no creemos que dejar a la administración pública sin la posibilidad de aplicar el control difuso sea una idea congruente con la aplicación del pleno principio de supremacía de la constitución. La decisión de dejar sin efecto un precedente vinculante sin motivación sólida que la justifique quiebra el sentido mismo del precedente, su continuidad como principio de un sistema que se precie de utilizar estas técnicas jurídicas. La Constitución y su fuerza normativa flexibilizan la rígida idea de pretendiendo defender el principio de separación de poderes, ir en contra de la supremacía constitucional, o del mismo sentimiento constitucional, al cual refería siempre el recordado maestro salmantino Pablo Lucas Verdú.

BIBLIOGRAFÍA

I. LIBROS Y REVISTAS:

BARBERIS, Mauricio. “*Neoconstitucionalismo, Democracia e Imperialismo de la Moral*” en *VV.AA., Revista Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, N° 31, 2001.*

BARROSO, Luis Roberto. “*El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del Derecho en Brasil (El triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil)*” en *VV.AA., Revista de Derecho, Universidad de Montevideo, Año VI, N° 12, Montevideo, 2007.*

⁸⁸ *Sic.* KELSEN, Hans. La garantía jurisdiccional de la Constitución. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Núm. 10, 2008, pág. 11.

⁸⁹ *Sic.* ORBEGOZO, Sigifredo. El tortuoso camino legal de una reelección más. *Revista jurídica del Perú*, Año LIV, N° 55, Lima, 2004, pág. 38.

- BREWER-CARÍAS**, Allan. *El juez constitucional vs la supremacía constitucional. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, México, 2008.*
- BIDART CAMPOS**, Germán. *Derecho Constitucional. Editorial Ediar, Tomo I, Buenos Aires, 1966.*
- BRYCE**, James. *Constituciones Flexibles Y Constituciones Rígidas*, Estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- BULLARD GONZÁLEZ**, Alfredo. “*Kelsen de cabeza: verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas*”. *Revista Themis, PUCP, Nro. 51, Lima, 2005.*
- BUSTAMANTE ALARCÓN**, Reynaldo. “*Control: ¿Es viable que la Administración ejerza el control difuso de la constitucionalidad normativa?*”. *Revista Jurídica del Perú, Año LII, N° 41, Revista especializada en jurisprudencia y doctrina, Trujillo, 2002.*
- CALAMANDREI**, Piero. “*La illegittimità costituzionale delle leggi nel proceso civile*”, en “*Opere giuridiche*”, Morano, Napoli, 1968.
- CARBONELL**, Miguel. “*Marbury vs Madison: en los orígenes de la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad*”, en: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, N° 5, Enero-Junio de 2006.*
- _____. “*El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis*” en VV.AA., *El Canon Neoconstitucional. Universidad Externado de Colombia, Primera edición, Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (Eds.), 2010.*
- CÁRDENAS GRACIA**, Jaime. “*Remover los dogmas*”. *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional. México. Número 6, 2002.*
- CARPIO MARCOS**, Edgar. “*El Control judicial de constitucionalidad de las leyes y el Código Procesal Constitucional*” en: *VIII Congreso de Derecho Constitucional, Fondo Editorial Colegio de Abogados de Arequipa, Arequipa, 2005.*
- CASTILLO CÓRDOVA** Luis. *El Tribunal Constitucional y su dinámica Jurisprudencial, Palestra, Lima, 2008.*

COMANDUCCI, Paolo. *El Canon Neoconstitucional*. Universidad Externado de Colombia, Primera edición, Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (Eds.), 2010.

_____. “Formas de (Neo) Constitucionalismo: Un análisis metateórico”, en VV.AA., *Revista Isonomía*, N° 16, 2002.

CRISAFULLI, Vezio. “*Le système de contrôle constitutionnalité des lois in Italie*” en: *Revue de Droit public*, 1968.

DREIER, Rafael. “*Konstitutionalismus und Legalismus. Zwei Arten juristischen Denkens im demokratischen Verfassungsstaat*” en Dais. E. E. Jorgensen, S y Tay, Ehr-Soon A. (eds.) *konstitutionalismus versus Legalismus? ARSP-Bethef* 40, 1991.

ETO CRUZ, Gerardo, y **PALOMINO MANCHEGO**, José. “*La Constitución española de 1978 y su influencia en el ordenamiento constitucional latinoamericano*” en VV.AA. *La Constitución y su defensa*, Editora Jurídica Grijley, Domingo García Belaunde (Director), primera edición, Lima, 2003.

FARRALLI, Carla. *La Filosofía del Derecho Contemporáneo*, Madrid, Hispania Libros, 2007.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El Control de la Constitucionalidad en Iberoamérica: sus rasgos generales, su génesis en el pasado siglo*, en VV.AA., *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1997.

_____. *La justicia constitucional ante el Siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, en VV.AA., *Estado de Derecho y la justicia constitucional en el Siglo XXI*, Grupo editorial Kipus, Cochabamba, 2004.

FAVOREU, Louis. *Los Tribunales Constitucionales*. Ariel, Barcelona, 1994.

GARCÍA AMADO, Juan A. “*Neoconstitucionalismo, ponderaciones y respuestas más o menos correctas. Acotaciones a Dworkin y Alexy*” en VV.AA., *El Canon Neoconstitucional*. Universidad Externado de Colombia, Primera edición, Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (Eds.), 2010.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Jurisdicción Constitucional*. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1990.

- _____. *Teoría y práctica de la Constitución. Tomo 1*, Eddili, Lima, 1989
- _____. *Derecho Procesal Constitucional*. Editorial Themis, Bogotá, 2003.
- _____. *Notas sobre el control de constitucionalidad en el Perú: antecedentes y desarrollo (1823-1979)*. *Revista electrónica de Historia Constitucional*, Nro. 4, junio de 2003.
- _____. *Diez preguntas a Domingo García Belaunde sobre el control constitucional (A propósito de la Reelección Presidencialista)*. *Revista jurídica del Perú*, Año LIV, N° 55, Lima, 2004.
- GARCÍA FIGUEROA**, Alfonso. “Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica” en VV.AA., *El Canon Neoconstitucional*. Universidad Externado de Colombia, Primera edición, Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (Eds.), 2010.
- GARCÍA PELAYO**, Manuel. *Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho*, en VV.AA., *Tribunal de Garantías en debate, Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo*, Fundación Friedrich Naumann, Lima, 1986.
- GARCÍA TOMA**, Víctor. *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, 1° Edición, Palestra Editores, Lima, 2005.
- GARCÍA DE ENTERRÍA**, Eduardo y **FERNÁNDEZ**, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas Ediciones, Undécima edición, Madrid, 2002.
- GIANFORMAGGIO**, Letizia. *Estudios sobre Kelsen*. Editorial Fontamara, México, 2002.
- GUASTINI**, Riccardo. “La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano” en VV.AA., *Estudios de teoría constitucional*, Fontamara, UNAM-IIIJ, México D.F., 2001.
- HABERMAS**, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de Teoría del Discurso*. Ed. Trotta, Traducción de M. Jiménez Redondo, Madrid, 1998.
- HAKANSSON NIETO**, Carlos. *La forma de gobierno de la Constitución peruana*. Universidad de Piura, Lima, 2001.

- HESSE**, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1983.*
- HUERTA OCHOA**, Carla. “*Interpretación y Reforma; ¿dialéctica o dilema?*” en *VV.AA., Ochenta aniversario. Homenaje a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, UNAM-IIIJ, México D.F., 1997.*
- JELLINEK**, George. *Teoría general del Estado. Editorial B de f, Montevideo, 2005.*
- KELSEN**, Hans. “*La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*” en *VV.AA. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Nro. 10, Julio-Diciembre de 2008.*
- LANDA ARROYO**, César. “*60 años de la Ley Fundamental de Bonn: significado y aporte al fortalecimiento del Estado democrático*” en *VV.AA., Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Año XVI, Montevideo, 2010.*
- _____. *Constitución y Fuentes del Derecho. Palestra Editores, Lima, 2006, pág. 313.*
- MARIENHOFF**, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982.*
- MIGUEL HERRERA**, Carlos. “*La polémica Kelsen-Schmitt sobre el guardián de la Constitución*” en: *Revista de Estudios Políticos Nueva Época, Número 86, Octubre-Diciembre de 1994.*
- MORÓN URBINA**, Juan Carlos. “*Control de legalidad y control difuso en sede administrativa*”. *Diario La ley, Año 3, N° 34, Lima, 2010.*
- NINO**, Carlos Santiago. “*Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad*” en: *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad, CEC, Madrid, 1991.*
- NOGUEIRA ALCALÁ**, Humberto. *Justicia y Tribunales Constitucionales en América del Sur. Palestra Editores, Lima, 2006.*
- OJEDA VELÁSQUEZ**, Jorge. “*El (neo) constitucionalismo: fase superior del iusnaturalismo jurídico*” en: *Revista del Instituto de la Judicatura Federal, Número 29, México, 2010.*

- ORBEGOZO**, Sigifredo. “*El tortuoso camino legal de una reelección más*” en: *Revista jurídica del Perú*. Año LIV, N° 55, Lima, 2004.
- ORTECHO VILLENA**, Víctor. *Jurisdicción y Procesos Constitucionales*, Edit. Rodhas, Lima, 2000.
- PACE**, Alessandro. *Los retos del Constitucionalismo en el Siglo XXI*, en VV.AA., *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Universidad de Granada, Francisco Balaguer Callejón (Director), Año 1, N° 2, Julio – Diciembre de 2004.
- PALOMINO MANCHEGO**, José. *Control y magistratura constitucional en el Perú*, en VV.AA., *Memorias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM, México D.F. , 2002.
- PANDO VÍLCHEZ**, Jorge. “*¿Hacia el control confuso de constitucionalidad?*” en: *Diálogo con la jurisprudencia*, N° 98, Lima, 2006.
- PEGORARO**, Lucio. “*La circolazione, la recezione e l’ibridazione dei modelli di giustizia costituzionale*”, ensayo publicado en el *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*.l N° 6, 2002.
- PEREIRA MENAUT**, Antonio. *En defensa de la Constitución*. Palestra Editores, Lima, 2011.
- QUIROGA LEÓN**, Aníbal. “*El sistema de Justicia Constitucional en el Perú*” en VV.AA., *Lecturas sobre Temas Constitucionales 2*, Comisión Andina de Juristas
- _____. “*¿El control difuso administrativo?*” en VV.AA., *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, 2010.
- REY MARTÍNEZ**, Fernando. “*Una relectura del Dr. Bonham’s case y de la aportación de sir Edward Coke a la creación de la judicial review*” en: *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho. Tomo I, Teoría General del Derecho Procesal Constitucional*. Ferrer Mc Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo coordinadores, Primera edición, México, 2008.
- RIVERA SANTIVÁÑEZ**, José. “*Supremacía Constitucional y Sistemas de Control de Constitucionalidad*” en VV.AA., *Derecho Procesal*

Constitucional, Susana Castañeda Otsu (Coordinadora) Tomo I, Palestra Editores, Lima, 2004.

RIVERO, Jean. *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.*

SÁNCHEZ AGESTA, Luis. *Curso de Derecho Constitucional Comparado. Universidad Complutense, Madrid, 1980*

SCHLINK, Benhard. *Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit.* En: *Der Staat.* T. 28, 1989.

SCHWARTZ, Bernard. *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana, Civitas, Madrid, 1990.*

SIMON, James F. *What kind of nation. Thomas Jefferson, John Marshall and the epic struggle to create a United States, Nueva York, Simon and Schuster, 2002.*

The Federalist (ed.b.f. Wriqth) Cambridge, mass, 1961.

VERDUGO MARINKOVIC, Mario. “*Notas sobre el principio de la supremacía constitucional y los Decretos Supremos de Ejecución*” en VV.AA., Estudios Constitucionales, Revista del Centro De Estudios Constitucionales, Universidad De Talca, Año 1, N° 1, Santiago de Chile, 2003.

ZAGREBELZKY, Gustavo. *Il Diritto Mite, Legge, Diritti, Giustizia E inaudi, Turín, 1992.*

II. WEBPAGES:

1. El texto íntegro del caso *Marbury v. Madison* puede leerse en la siguiente *webpage*: <
<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=5&invol=1371>>
2. **CELOTTO**, Alfonso. Formas y modelos de Justicia Constitucional. Un vistazo general al respecto. *Vide*: <
<http://www.circulodoxa.org/documentos/Circulo%20Doxa%20-%20Formas%20y%20modelos.pdf>
3. Consultar:
<<http://edwinfigueroag.wordpress.com/2011/03/22/entrevista-al-dr->

[luis-prieto-sanchis-espana-neoconstitucionalismo/](#)> entrevista realizada al profesor Luis Prieto Sanchís por el grupo Ipso Jure, en noviembre de 2010

4. **BULLARD GONZÁLEZ**, Alfredo. Artículo periodístico intitulado: Esquizofrenia, publicado en el Diario El Comercio, el día 19 de Abril de 2014 <<http://elcomercio.pe/opinion/columnistas/esquizofrenia-alfredo-bullard-noticia-1723738>>
5. **GARCÍA TOMA**, Víctor. La jurisdicción constitucional: el Tribunal Constitucional del Perú, pág. 36. *Vide:* <http://www.law.ufl.edu/_pdf/academics/centers/cgr/7th_conference/LA_JURISDICCION_CONSTITUCIONAL1-aumentado.pdf>

III. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO:

1. Sentencia N° 0007-2001-AI/TC
2. Sentencia N° 0050-2004-AI/TC
3. Sentencia N° 3741-2004-AA/TC
4. Sentencia N° 04293-2012-PA/TC